

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

A POSSIBILIDADE DO CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO PELO
CONSUMIDOR.

MAURÍCIO ALVES SANTANA

BRASÍLIA/DF
2010

MAURÍCIO ALVES SANTANA

A POSSIBILIDADE DO CORTE DO FORNECIMENTO DE ENERGIA
ELÉTRICA EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO PELO
CONSUMIDOR.

Monografia apresentada ao Curso de
Pós-Graduação *lato sensu* Tele virtual
em Direito Público, na modalidade
Formação para o Magistério Superior,
como requisito parcial à obtenção do
grau de especialista em Direito Público.

Universidade Anhanguera-Uniderp
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes

Orientador: Prof. George Augusto
Niaradi

BRASÍLIA - DF
2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas na presente monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Brasília, 28 de junho de 2010.

RESUMO

O problema funda-se na possibilidade de que haja o corte ou a suspensão do fornecimento da energia elétrica da residência de um indivíduo que está em débito com o pagamento de contas referentes ao consumo anterior. Os usuários do serviço público de fornecimento de energia elétrica estão protegidos por diversas garantias que impedem a utilização do corte de fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência. Por outro lado, há dispositivo em vigor que permite a suspensão do fornecimento pela concessionária do serviço público em caso de inadimplência do consumidor. Existem decisões judiciais a favor e contra a possibilidade de corte do fornecimento de energia elétrica. A solução do problema exige que seja delimitada a relação existente entre o princípio da continuidade dos serviços públicos e a essencialidade da manutenção do fornecimento de energia, além da relação entre o direito do consumidor como usuário do serviço público, o princípio da continuidade do serviço e o princípio da finalidade administrativa.

Palavras-chave:

Continuidade, Energia elétrica, consumidor.

ABSTRACT

The problem is based on the possibility that there are cutting or suspending the supply of electrical energy of the residence of an individual who is in debt to pay bills for the previous consumption. The users of public electricity supply is protected by various safeguards that prevent the use of cutting electricity supplies in the event of default. Moreover, there are arrangements in force which allows the suspension of supply by the public service concessionaire in the event of default by the consumer. There are court decisions in favor and against the possibility of cutting off the supply of electricity. Solving the problem requires to be bounded on the relationship between the principle of continuity of public services and the importance of maintaining the supply of energy, besides the relationship between the consumer's right as a user of public service, the principle of continuity of service and the principle the administrative purpose.

Key words: continuity, electricity, consumer law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. Serviço Público	6
1.1 Noções gerais de serviço público	6
1.2 Remuneração dos serviços públicos e a natureza da relação entre o usuário e a concessionária do serviço	9
1.3 Continuidade	12
1.4 Essencialidade	14
1.5 Interesse público	17
2. Usuário do serviço público	19
2.1 Aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana	19
2.2 O direito à manutenção do serviço essencial previsto no código de defesa do consumidor	20
3. A inadimplência do usuário do serviço público	22
3.1 A cláusula da exceção do contrato não cumprido	22
3.2 Aplicabilidade do princípio da ampla defesa administrativa	23
3.3 Aplicabilidade do corte do fornecimento do serviço	25
3.4 A aplicação do princípio da finalidade	27
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	33

INTRODUÇÃO

Existe razoável controvérsia judicial sobre a possibilidade de que haja o corte de fornecimento de energia elétrica, inclusive com decisões judiciais a favor e contra o corte. Há ainda permissão legal para que haja a suspensão do fornecimento de energia em algumas hipóteses. Os usuários do serviço público de fornecimento de energia elétrica estão protegidos por diversas garantias que impedem a utilização do corte de fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência. Por outro lado, há dispositivo em vigor que permite a suspensão do fornecimento em caso de inadimplência, além de alternativas a serem utilizadas. Questiona-se a constitucionalidade do dispositivo legal que permite a suspensão do fornecimento de energia elétrica em virtude do inadimplemento, e também a legitimidade dos dispositivos legais que garantem direitos aos consumidores destes serviços.

Tentaremos delimitar a relação existente entre o princípio da continuidade dos serviços públicos e a essencialidade da manutenção do fornecimento de energia. O problema funda-se na possibilidade de que haja o corte ou a suspensão do fornecimento da energia elétrica da residência de um indivíduo que está em débito com o pagamento de contas referentes ao consumo anterior. Trataremos também da possibilidade de manutenção do fornecimento mesmo em casos em que o devedor é inadimplente. Será importante expor a relação entre o direito do consumidor como usuário do serviço público e o princípio da continuidade do serviço.

É muito comum a alegação de que o corte do fornecimento de energia representa tolher o direito a serviço essencial e que tal serviço deve ser contínuo. Em contraposição a esta alegação lança-se o também constitucional direito à propriedade, ao necessário equilíbrio social, princípio da igualdade, entre outros. Neste trabalho buscaremos a solução do problema da constitucionalidade e legalidade do corte de fornecimento e a probabilidade de ofensa a estes princípios constitucionais e legais. No desenvolvimento do tema também será necessário tratar da natureza administrativa da prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica e suas repercussões, do princípio da continuidade do serviço público, e sua natureza de serviço público essencial. A solução do problema parece depender da correta aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade que conduzirão a hipóteses em que será possível o corte do fornecimento.

1. Serviço Público

1.1 Noções gerais de serviço público

A existência de serviços públicos está intimamente ligada a assunção pelo Estado da segurança e da liberdade dos súditos, derivada do contrato social.¹ A evolução dos serviços públicos demonstra a evolução, também, do aparelhamento estatal voltado para a satisfação da finalidade de tutelar a segurança social. Assim, as teorias do serviço público apontam o início do serviço público com o poder de polícia e a sua crescente abrangência para abarcar serviços outros, dissociados das noções de segurança. Percebe-se atualmente a prestação de serviços públicos voltados inclusive para a tutela econômica dos administrados.²

Não se pode negar que o serviço público tem como interesse final a satisfação de necessidades do corpo social ou das necessidades coletivas. A tutela deste encargo, embora possa ser atribuída ao Estado, não é privativa dele. Percebe-se que, a depender do serviço público a ser prestado, o Estado pode delegar tal exercício, conforme ocorre em vários países e também no Brasil. Vejamos o que explica sobre o tema Renato Alves Bernardo da Cunha³:

Seguindo ideais de Estado mínimo e de privatizações, implementados por governos como o da Grã-Bretanha, a partir da década de 1970, o Brasil iniciou um processo de retirada do Estado no fornecimento de determinados serviços públicos. O programa Nacional de Desestatização (Lei n. 8.031/90) e a Lei n. 9.491/97, que alterou procedimentos, possibilitaram o intenso processo de privatização ocorrido na década de 1990. Por sua vez, as Leis 8.987/95 e n. 9.074/95, com alterações da Lei n. 9.648/98, criaram condições para a reestruturação do Estado brasileiro,

¹ “O contratualismo é, acima de tudo, uma teoria prescritiva acerca da melhor ordem política; sua influência sobre a cultura contemporânea deve buscar-se, por isso, no constitucionalismo, nas diversas engenharias constitucionais que nascem do fecundo encontro da experiência teórica com a experiência prática, do Contratualismo clássico com o Contratualismo como fato histórico ... “O contratualismo não é apenas uma teoria global, conceptualmente (sic) elaborada, sobre as origens da sociedade e do poder político e, por conseguinte, sobre a natureza racional do Estado. Na história medieval e moderna, o contrato é amiúde também um fato histórico, ou seja, parte integrante de um processo político que leva ao Constitucionalismo e, em especial, à necessidade de limitar o poder do Governo por meio de um documento escrito que estabeleça os respectivos e recíprocos direitos-deveres” (BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, 5ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília : São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000 p. 279 e 280).

² Como exemplo temos as formas de distribuição de renda como os benefícios sociais do bolsa-escola. Este programa criado nos termos da Lei n. 10.219, DE 11 de abril de 2001 constitui o instrumento de participação financeira da União em programas municipais de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, sem prejuízo da diversidade dos programas municipais

³ CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais: O princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2004, p. 32

especialmente regulamentando as delegações de serviços públicos a empresas privadas.

A delegação do serviço público é fundada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, daí porque o contrato de concessão ou permissão de serviço público é mera exploração de atividade que não modifica a natureza de serviço que permanece de interesse de toda a coletividade. A titularidade da atividade permanece no Poder Público. Em outras palavras, o Poder Público não transfere à empresa concessionária poderes irrestritos sobre o serviço público concedido, ao contrário, a concessionária limita sua atuação nas regras contratuais e legais decorrentes da concessão. Essa constatação é essencial para definição do campo de liberdade da concessionária de serviço público no que diz respeito às tarifas cobradas pelo consumo, mas é importante também para esclarecer os poderes e deveres da concessionária.

O interesse na definição e na responsabilidade pela prestação do serviço público varia no tempo e decorre do direito posto de determinado período na Lei Fundamental do Estado, no nosso caso, na Constituição Federal. O conceito de serviço público pressupõe definir e dimensionar o Estado e os valores jurídicos fundamentais. Há várias teorias conceituais de serviço público e são estas definições que vão importar para a definição da natureza da relação entre o Poder Público e o concessionário do serviço público. José Cretella Júnior em estudo sistematizado sobre a matéria resume os conceitos em categorias⁴:

- a) as que entendem como sendo um contrato de direito administrativo;
- b) as que o consideram como um ato administrativo unilateral;
- c) que invoca ser ela a expressão de dois atos jurídicos unilaterais;
- d) concepção de típico contrato de direito privado;
- e) contrato de direito misto.

José Cretella Júnior⁵ defende a natureza contratual da concessão, assim como Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶:

⁴ JUNIOR, José Cretella. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Forense, p. 359.

⁵ Idem, **ibidem**, p. 363.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 21. ed. 2008, p. 243.

A natureza contratual do acordo entre o Estado e o concessionário, o conteúdo público dessa relação de direito, o interesse público predominante em todas as fases da execução do serviço são, segundo parece, os traços característicos desta modalidade de exploração dos serviços públicos, pelo que concluímos com Cavalcanti e Masagão que a natureza jurídica da concessão de serviço público é bem definida: a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, perfeito, comutativo, realizado *intuitu personae* e do tipo dos contratos de adesão.

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário.

Tanto a Constituição Federal como a legislação acolheram a natureza contratual do contrato de concessão de serviço público.⁷ José Augusto Delgado após expor diversos entendimentos doutrinários e dispositivos legais chega a conclusão de que “diante do quadro doutrinário e legal exposto, não há possibilidade, no momento atual, de se opor qualquer argumento contra a natureza jurídica contratual do contrato de concessão de serviço público.”⁸

Antônio Cezar Jannuzzi⁹ trata dos serviços de concessão de energia elétrica e explica que em termos de contrato de concessão não são muito diferentes dos demais:

Não é diferente nas concessões do serviço de fornecimento de energia elétrica. No que respeita a estas concessões, observa-se que os primeiros concessionários eram pequenos produtores e distribuidores, os quais se organizavam em empresas de âmbito municipal, em geral fazendeiros, comerciantes e empresários locais, vinculados à agricultura de exportação, serviços urbanos (iluminação pública e transportes) e à indústria. Porém, a crescente demanda por iluminação, água, transportes e telefonia aliada às dificuldades ou mesmo impossibilidade de atender essa demanda pela própria administração pública, determinaram a instituição do regime de concessões para prestações desses serviços.

Os serviços de fornecimento de energia elétrica prestados por concessionárias de serviço público têm por fundamento um contrato entre o Poder

⁷ BRASIL. Constituição Federal, “**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. **Parágrafo único.** A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.” Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, “**Art. 1º.** As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, **por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas indispensáveis dos contratos**”(grifo nosso).

⁸ DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre a concessão de serviço público.** Revista CEJ/RN, Natal, RN, v. 7, n. 8, p. 15-65, jun. 2004, p. 15.

⁹ JANNUZZI, A. C. (2007). **Regulação da Qualidade de Energia Elétrica sob o Foco do Consumidor.** Dissertação de Mestrado em Sistemas Elétricos de Potência, Publicação PPGENE.DM - 302A/07, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF, xviii, p. 6.

Público e a empresa concessionária, com as seguintes características: de direito público, oneroso, sinalagmático, perfeito, comutativo, realizado *intuitu personae* e de adesão.

1.2 Remuneração dos serviços públicos e a natureza da relação entre o usuário e a concessionária do serviço

O contrato de concessão de serviço público é firmado entre a empresa concessionária de serviço e o poder concedente. Neste contrato são previstas cláusulas de remuneração do serviço que caberá à empresa concessionária. Sem que nos detenhamos a minúcias, é possível compreender que a remuneração pela prestação do serviço deve ser suficiente para cobrir todos os gastos e ainda prover os lucros da empresa concessionária, sem o qual é inviável a exploração do serviço pela empresa. Daí é possível dizer também, que a tarifa a ser cobrada de cada usuário individualmente é somente uma parcela daquele valor global recebido como remuneração pela empresa que presta o serviço, razão pela qual, invariavelmente, a ausência desta cota-parte individual representa, ainda que ínfima, uma defasagem no valor da remuneração.

Há, doutrinariamente, uma diferenciação entre tarifa e taxa pela prestação do serviço. No que tange à diferenciação, Diógenes Gasparini¹⁰ esclarece os pontos de entendimento e ainda os casos em que há tarifa-zero, nos quais não deixa de existir remuneração à concessionária, senão vejamos:

Observe-se que a taxa ou a tarifa deve compensar adequadamente a prestação dos serviços. O usuário deve custear o capital, o melhoramento, a expansão dos serviços e a obtenção de um lucro, quando prestado por terceiros (art. 175, parágrafo único, III). Essa compensação não é rigorosamente observada quando o serviço é prestado diretamente pelo Poder Público. Este, algumas vezes, presta os serviços de forma subsidiada, de modo tal que nem a taxa nem a tarifa atendem ao princípio da compensação. A taxa deve ser estabelecida por lei, já que é espécie de tributo, e obedecer ao princípio da anualidade, ou seja, ser instituída e estar vigente em um ano, para ser exigida no ano seguinte. A tarifa deve ser instituída por decreto, embora alguns entendam que deve ser por lei. O normal é a instituição por ato do Executivo, observado o que estiver estabelecido em lei. Nesse sentido é a regra do art. 120 da Constituição paulista. Pode ser cobrada de imediato. Para essa forma de remuneração dos serviços públicos prestados não vigora o princípio da anualidade, próprio do regime de exigência dos tributos. Esse mecanismo que concretiza a política tarifária e permite o equilíbrio entre o custo pela prestação do serviço e a remuneração percebida não se inviabiliza pelo sistema da tarifa zero. Com efeito, quando se adota a tarifa zero, a satisfação do custo da execução do serviço faz-se de outro modo, já que o usuário nada paga ao prestador pelos serviços que recebe. A remuneração a que faz jus o prestador do serviço é satisfeita pelo Poder Público titular do serviço. Este, por exemplo, no caso de serviço de transporte de passageiros, pode pagar o serviço por quilômetro rodado. O sistema da tarifa zero não significa absoluta gratuidade dos serviços. De fato, estes são gratuitos só para os

¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

usuários, cabendo a remuneração ao Poder Público, seu titular. Isso equivale a dizer que todos pagam pelo serviço prestado a alguns.

A natureza da relação entre a concessionária de serviço público e o consumidor do serviço é contratual com as características de ser bilateral, oneroso, consensual e de adesão.¹¹

Agora passamos a outro ponto em que se faz necessário algumas indagações: Poderia a empresa concessionária de serviço público abrir mão do recebimento da tarifa de um ou de alguns usuários? É dado à concessionária o poder de negociar livremente com o usuário do serviço o valor da tarifa devida? Tais negociações, se possíveis, violam algum direito dos outros usuários? A estas questões podemos constatar algumas respostas ou conclusões. A concessionária somente pode realizar mudança nos valores da tarifa a ser cobrada dos usuários, seja para aumentar ou minorar, se houver concordância do poder concedente do serviço. Ora, se o valor da tarifa a ser cobrada de todos os usuários é fixada no contrato entre o poder concedente e a concessionária, não é razoável entender que possa a concessionária, unilateralmente, modificar a aplicabilidade da tarifa de um ou de alguns usuários ou mesmo escolher pela cobrança ou não do serviço prestado. Assim, somente com autorização do poder concedente poderia a empresa concessionária do serviço conceder isenções, descontos ou até mesmo aumento de valores para usuários diferenciados. Tudo isso decorre da natureza contratual da concessão, e principalmente da supremacia do interesse público, presente também nos serviços públicos, que têm como titular o Poder Público, cuja atuação representa sempre o interesse coletivo. Quanto à possibilidade de violação do direito dos outros usuários, vale lembrar que eles foram representados pelo Poder Público quando foi contratada a concessionária e houve a fixação da tarifa.

¹¹ O contrato é oneroso pois ambos os contratantes obtêm proveito, ao qual corresponde um sacrifício e consensual, pois não se exige a entrega da coisa, bastando para o seu aperfeiçoamento, o acordo de vontades. “Quanto a bilateralidade “há que ter presente o rigoroso significado do contrato bilateral, tendo em conta a confusão que pode resultar da circunstância de que todo o contrato, sob o aspecto da sua formação, é um negócio bilateral, no sentido de que pressupõe e exige o acordo de vontades. Este negócio, que é bilateral pela sua formação – bilateralidade na manifestação de vontade -, pode, por sua vez, ser unilateral ou bilateral quanto aos seus efeitos: é unilateral se dele nascem obrigações para apenas uma das partes (v. g., comodato); e é bilateral ou sinalagmático se dá lugar a obrigações recíprocas e interdependentes para ambas as partes (v. g., compra e venda). Enquanto nos contratos unilaterais uma das partes assume a posição de credor e a outra a de devedor, nos contratos bilaterais ambas as partes são simultaneamente credor e devedor uma da outra.”(TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** – vol. II. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125).

A tarifa paga pelo usuário, pessoa física comum, não é definida por contrato entre o usuário e a concessionária. Existe uma relação anterior e prevalente à relação entre o usuário do serviço público e a empresa concessionária. A tarifa básica decorre do contrato de concessão de serviço público em que são partes a concessionária e uma entidade estatal. No caso brasileiro, as concessões de serviço de fornecimento de energia elétrica têm como titular a União¹². Diante desta tarifa básica o usuário, em conformidade com o seu uso, pagará a sua conta de energia elétrica. Assim, entende-se que somente em casos autorizados pelo poder público poderia a empresa concessionária cobrar tarifas diferenciadas pelo serviço. A possibilidade de descontos de tarifas de serviço público de fornecimento de energia elétrica sempre depende de edição de ato normativo do poder concedente, titular do serviço público, pois tão somente a exploração foi concedida.¹³

A empresa concessionária não teria legitimidade para abrir mão do pagamento pelo serviço de um ou de alguns usuários ou negociar livremente com o usuário do serviço o valor da tarifa devida. Tais negociações, somente são possível ser houver concordância do Poder Competente para delegar a exploração do serviço. E sua realização sem esta condição viola a regra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além de violar o princípio da legalidade a que a concessionária está sujeita.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um direito assegurado à concessionária de serviço público, mas também é uma garantia dos

¹² Brasil. Constituição Federal. **Art. 20.** São bens da União: (...) os potenciais de energia hidráulica; **Art. 21.** Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos.

¹³ Como exemplo de caso em que houve ato normativo autorizando a redução de tarifas citemos o exemplo da Lei nº 8.631, de 4 de março de 1993, que estabeleceu a denominada desqualificação tarifária: “na qual os níveis tarifários deveriam corresponder aos valores necessários para a cobertura do custo do serviço de cada distribuidora, segundo suas características específicas e de modo a garantir a prestação de serviços adequados à população. Também extinguiu o regime de remuneração garantida e, em consequência, a Conta de Resultados a Compensar (CRC)³⁵ e a Reserva Nacional de Compensação de Remuneração (RENCOR)³⁶. Essa norma legal permite à distribuidora promover alterações compensatórias entre os níveis de tarifa de fornecimento relativos a cada classe de consumidor final, respeitado o valor médio das tarifas de fornecimento. Com base nesse dispositivo, a Portaria Dnaee nº 922, de 28 de julho de 1993, determinou que as distribuidoras elaborassem, estudos, com o propósito de definir suas “políticas tarifárias” para o atendimento de consumidores baixa renda. A classe residencial possuía, desde 1974, uma estrutura tarifária que concedia descontos para as primeiras faixas de consumo, independentemente do consumo total de energia elétrica. Dessa forma, um cliente residencial que consumisse, por exemplo, 400 kWh/mês, teria, para as primeiras faixas de consumo, os mesmos descontos que um outro que consumisse apenas 100 kWh/mês”. (FUGIMOTO, Sérgio Kinya, **A universalização do serviço de energia elétrica – acesso e uso contínuo**. São Paulo, 2005, p. 62, disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao_Sergio_Fugimoto.pdf, acessado em: 21 jun 2010).

contratos administrativos, necessário para assegurar a continuidade do serviço. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece a importância da equação econômico financeira do contrato¹⁴:

O aspecto contratual da concessão é a equação econômico financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente. Dita equação é a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo.

1.3 Continuidade

A diferenciação entre interrupção da prestação de um serviço e a interrupção do uso de um serviço é de suma importância neste momento de exposição do princípio da continuidade dos serviços públicos.

É difícil conceber que algum serviço não possa sofrer interrupções em sua prestação. Ademais, a falibilidade é uma característica imanente aos atos humanos. Entretanto, é comum o senso de que alguns serviços dentre os vários que são prestados à população, mesmo que sujeitos a atuação humana, não devem deixar de ser prestados ou ainda, não devem permanecer interrompidos por muito tempo. Estas atividades, que não admitem interrupção ou prolongamento da interrupção de sua prestação, são normalmente serviços públicos. Daí ser característica dos serviços públicos a prevalência da não interrupção como característica de sua prestação. Existem casos, entretanto, em que a não interrupção da prestação do serviço é impossível. Ora, a necessidade de interrupção da prestação dos serviços de fornecimento de energia elétrica em virtude de um terremoto que destruiu as linhas de transmissão é uma ocorrência em que é impossível a não interrupção, pelo menos temporariamente. Nem sempre a prestação dos serviços é “ininterrompível”.

A atuação do administrado não interfere na inibição ou não da prestação dos serviços públicos, vez que age tão somente em sua esfera individual. No máximo o usuário pode dar causa a interrupção do seu próprio uso, não da prestação do serviço.

Além desta característica de não poder sofrer interrupção, a prestação dos serviços públicos, deve estar disponível para quem dela queira fazer uso. Isto não

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005 pág. 674.

quer dizer que todos os serviços públicos sejam passíveis de opção de uso. Mas nem todos os serviços públicos são de uso de todos os súditos. Em outras palavras, alguns serviços públicos estão à disposição de todos, mas somente alguns fazem uso deles. Temos como exemplos dos serviços públicos em que há opção de uso os de educação, de transporte e de tratamento de saúde.¹⁵ Pode se dizer, então, que para os administrados que podem fazer a opção de não utilizar tais serviços, a interrupção de sua prestação, nenhuma consequência traria, pelo menos não diretamente no sentido de interrupção do seu uso, vez que nem uso há.

A continuidade, princípio que corporifica as características de impossibilidade de interrupção, prestação contínua e disponibilidade, está mais ligada à prestação do serviço do que a seu uso. Então, é a prestação dos serviços públicos que “deve ser” contínua. E aqui, é importante frisar, é característica o “dever ser”. Em alguns serviços a prestação perde parcela de sua característica de ininterrompível em face da desnecessidade de seu uso pelo usuário. A prestação específica de determinado serviço público só seria ininterrompível se o usuário optasse por fazer uso do serviço. Deixemos claro que, mesmo nestes casos, a continuidade não perde a característica de dever estar disponível para uso, mas a característica de não poder ser interrompido perde razão de ser.

Assim, a interrupção do uso de um serviço não significa ofensa à continuidade, vez que tão somente a interrupção da prestação do serviço interfere na continuidade. Isto vai ficar mais claro ainda quando tratarmos da essencialidade dos serviços públicos, quando veremos que é a essencialidade do uso é que tem relação com a continuidade, diferenciando-se da essencialidade da prestação.

A continuidade tem características bem delimitadas. Assim afirma o mestre Diógenes Gasparini¹⁶:

A continuidade impõe ao serviço público o caráter de ser contínuo, sucessivo. O serviço público não pode sofrer solução de continuidade. Vale dizer: uma vez instituído há de ser prestado normalmente, salvo por motivo de greve, nos termos da lei regulamentadora. Não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço público quando interrompido em face de uma situação de emergência ou quando sua paralisação se der, após competente aviso, por motivo de ordem técnica ou de

¹⁵ Logicamente, deixemos esclarecido, que em virtude das desigualdades sociais e da condição social de muitas pessoas em nosso país e em outros, o uso destes serviços públicos torna-se obrigatório ante a insuficiência de recursos para fazer uso destes mesmos serviços prestados pela iniciativa privada. Nestes casos, a população carente se vê obrigada a utilizar a rede pública.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 7-8.

segurança das instalações, ou, ainda, por falta de pagamento dos usuários, conforme estabelece o § 3º do art. 6º da Lei federal das Concessões e Permissões.

Vale citar como exemplo outro caso em que já foi autorizada pelo poder público a interrupção do uso do serviço. Trata-se da hipótese em que considerando o interesse coletivo e a continuidade coletiva do serviço foi autorizado às empresas concessionárias do serviço público de fornecimento de energia elétrica efetuar a suspensão do fornecimento individual de usuários que ultrapassassem o limite máximo de energia a ser utilizada no período de racionamento do consumo.¹⁷

Perceba-se que no caso citado o corte do fornecimento de um usuário considerado individualmente foi necessário para o atendimento do interesse coletivo. Parcela da doutrina entende que não é possível considerar o princípio da continuidade individualmente, senão vejamos o que diz Renato Alves Bernardo da Cunha¹⁸:

O princípio da continuidade não pode ser examinado do ponto de vista individual, considerando o consumidor que, por algum infortúnio, está inadimplente. Sua correta aplicação deve levar em consideração o interesse da coletividade, que não pode ser onerada pela inadimplência. É importante destacar que os diversos setores dos serviços públicos específicos são fortemente regulados, com minucioso plano de política de tarifas, com regras claras de fixação e reajustes firmados em contrato. A inadimplência em grande proporção põe em risco o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados entre Estado e as concessionárias.

1.4 Essencialidade

A essencialidade tem inevitável característica valorativa. Algum indivíduo pode considerar determinado serviço público essencial outro não. Determinado Estado pode valorar por lei como essencial determinado serviço público, enquanto outro não. Entretanto, e para a finalidade deste tema, o fato de haver lei qualificando determinado serviço público como essencial não importa em obrigação de uso do serviço assim qualificado. Mas, a definição legal de um serviço como essencial importa em reconhecer que é obrigatória a prestação do serviço público assim qualificado. Novamente diferencia-se essencialidade da prestação e essencialidade do

¹⁷ BRASIL. Resolução n. 22 de 4 de julho de 2001 da Câmara de Gestão da Crise energética que estabelece critérios para suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que descumprirem as metas fixadas: “**Art. 1º** A suspensão do fornecimento de energia elétrica para os consumidores residenciais que descumprirem a meta fixada na forma do art. 3º da Resolução no 4, de 22 de maio de 2001, observará as seguintes regras: I - será o consumidor advertido, por escrito, quando da primeira inobservância da meta; II - reiterada a inobservância da meta, far-se-á, após quarenta e oito horas da entrega da conta que caracterizar o descumprimento da meta e contiver o aviso respectivo, a suspensão do fornecimento de energia elétrica, que terá a duração: a) máxima de três dias, quando da primeira suspensão do fornecimento; e b) mínima de quatro dias e máxima de seis dias, nas suspensões subsequentes”.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 91.

uso do serviço. Essencialidade dos serviços públicos não é obrigatoriedade de uso, mas obrigatoriedade de prestação.

A maioria dos doutrinadores qualifica como essencial a prestação do serviço público, não o seu uso. Sobre a natureza dos serviços públicos essenciais, aparentando se referir à essencialidade da prestação, o ilustre mestre Zelmo Denari¹⁹ explica o seguinte:

É sempre muito complicado investigar a natureza do serviço público, para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados, em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou de lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (*uti universi*) relativos à segurança, saúde e educação.

Conforme dissemos linhas atrás, mesmo serviços de prestação essencial não são de uso essencial. Com as devidas ressalvas decorrentes das desigualdades sociais, a prestação dos serviços de saúde e educação seria essencial, o uso destes serviços não.

Já para Renato Alves Bernardo da Cunha²⁰, a escolha estatal do que seja prestação essencial ou não é um norte, mas o autor parece vislumbrar a diferença quanto ao uso essencial ou não, para voltar a tratar da prestação essencial:

Pode –se inferir de tudo que foi dito que todo serviço público é essencial, enquanto o rol do art. 10 da Lei de Greve é um bom indicativo. Todavia será necessária a análise do caso concreto para aferir se, a sua falta acarretará violação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Tal avaliação deve levar em conta o contexto social brasileiro, país de profundas desigualdades e elevado contingente de excluídos. Por outro lado, com a inserção do país na era tecnológica, pode-se afirmar que serviços como energia elétrica e telefonia são essenciais, assim como o são água, saneamento básico e transporte público.” (sem grifos no original).

Adalberto Pasqualoto²¹ aponta para a análise caso a caso, quanto a cada consumidor e de acordo com determinado estágio social, vejamos o entendimento do autor:

Como conceito indeterminado que é, o caráter essencial de um serviço público no âmbito das relações específicas de consumo, afora o que seja importado de outras searas jurídicas, especialmente do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, será dado pela interpretação do caso concreto, até que se firme uma

¹⁹ Zelmo Denari in GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194.

²⁰ Idem, *ibidem* p. 67.

²¹ PASQUALOTO, Adalberto, **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 139.

jurisprudência segura, a qual, no entanto, será mutável conforme a dinâmica da sociedade de consumo.

Para Mário Aguiar Moura²² o que importa para a definição de um serviço como essencial é a sua própria natureza e a dimensão social:

Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados, o transporte, água, esgoto, fornecimento de eletricidade com estabilidade, linha telefônica, limpeza urbana, etc.

É importante notar um traço comum dos autores, quanto à condição de qualificação da prestação de um serviço público como essencial, o fato de já estarem sendo prestados. Esta condição importa para inserir o serviço em um contexto de desenvolvimento social, no sentido de que se já foi alcançado determinado desenvolvimento social de um povo, tais serviços devem ser conquistados como essenciais às atividades humanas.

A prestação dos serviços públicos normalmente é essencial, mas não são todos os serviços públicos que tem uso pelo administrado com a qualificação de essencial. Essencialidade de prestação é diferente de essencialidade de uso e de necessidade de uso. A fim de não causar confusão de conceitos é importante deixar claro que a essencialidade ou não do serviço é qualificação relativa à prestação, posto que a dispensabilidade do serviço é faculdade do usuário, mesmo nas sociedades desenvolvidas.

Em termos de desenvolvimento social, é certo que a necessidade generalizada de uso precede cronologicamente a essencialidade da prestação do serviço. Aliás, a condição de que o serviço já esteja sendo prestado para que se possa qualificar o serviço como essencial, tem relação com a necessidade dos usuários na prestação daquele serviço e a finalidade na qualificação de essencial do serviço mede-se pelo alvo desenvolvimentista de determinada nação. Isto não é suficiente para retirar a facultatividade de uso de alguns serviços públicos, mesmo que essenciais. Um exemplo, pode ilustrar esta idéia. Todos conhecem a importância que a prestação de energia elétrica tem na atualidade, mas vislumbremos um exemplo de um cidadão que não deseja mais pagar tarifa para usar energia elétrica. Há possibilidade de o cidadão fazer esta escolha? Aparentemente, se o usuário deseja utilizar um gerador individual de

²² Mário Aguiar Moura. **O Poder Público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor**, Repertório de jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril/92, p. 17.

energia elétrica alimentado a gasolina, por exemplo, parece não haver óbice nessa escolha. Percebamos que no exemplo, embora não usual, o serviço público que é essencial em sua prestação deixou de sê-lo quanto ao uso.

A essencialidade não obriga o usuário ao uso, obriga sim o Estado a prestá-lo a quem tenha interesse e necessidade. Aqui está a diferenciação entre prestação de serviços públicos *uti universe* e *uti singuli*. O fato de a prestação dos serviços públicos ser essencial e contínua não retira o direito do consumidor de escolher utilizar o serviço, posto que aquelas características estão ligadas à prestação, não ao uso.

A garantia de serviços públicos contínuos e essenciais independe da atuação do usuário. Não é o seu pagamento pelo serviço que vai garantir a continuidade e a essencialidade, muito menos o não pagamento, considerado individualmente, vai retirar estas características da prestação do serviço.

1.5 Interesse público

A qualificação de um serviço público como de interesse público refere-se também à sua prestação e é decorrência de uma escolha estatal neste sentido. A definição dos serviços públicos como de interesse público tem em vista o interesse não de usuários do serviço, mas da coletividade de um determinado Estado. Definir como de interesse público determinado serviço significa que existe um interesse maior que o interesse individual ou privado nesta prestação.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o interesse público “só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro” e conclui que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.²³

A afetação desta prestação no seio de uma sociedade coletiva tem importância destacada e goza de caracteres diferenciados de outras prestações. Os serviços públicos definidos como de interesse público na maioria das vezes têm como titulares da sua prestação entes estatais, mas há a possibilidade da delegação da prestação a entes não estatais, como concessionárias e permissionárias. Isto não lhe retira a característica da prestação de ser de interesse público. Há casos, entretanto, em

²³ Idem, *ibidem*, pág. 59.

que entidades privadas prestam aquela mesma atividade sem que haja interesse público. São exemplos os casos das escolas particulares de ensino. A prestação desta atividade, que tem interesse público quando prestado como serviço público, não tem interesse público quando prestado por entidade privada. Pode haver interesse público em sua fiscalização, regulamentação, fomento ou controle pelo Estado, mas não na sua prestação. Há inclusive concorrência entre a prestação do mesmo serviço entre o Estado e os empresários particulares.

Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁴ nos traz um entendimento interessante quanto a diferenciação entre interesse público e interesse do usuário, explica o autor:

muitas vezes o interesse do usuário conflita não apenas com o da concessionária, mas também com o do poder concedente enquanto aparelho estatal. O exercício da função pública tem como objetivo a satisfação do interesse da sociedade, ou de segmento desta. Ou seja: o que a doutrina jurídica italiana, a partir de uma perspectiva liberal e democrática, chama de "interesse coletivo primário", que predomina sobre os demais interesses secundários, quer o interesse do aparelho estatal ("interesse público secundário"), quer o das pessoas privadas". Como recorda o jurista argentino Héctor Escola, "diz-se, com razão, que o grau de desenvolvimento e progresso de um país se mede pelo grau de organização e prestação de seus serviços públicos e a satisfação com que os usuários os utilizam.

Especificamente nos serviços de fornecimento de energia elétrica o interesse público tem reflexo no grau de desenvolvimento econômico do país. Interessa ao país que haja fornecimento de energia elétrica eficaz e com qualidade. Não se pode dizer que haja interesse público do Estado (como representante da coletividade) no uso do serviço. O uso ou o grau quantitativo de uso reflete interesse individual e não interesse público, pelo menos não diretamente. Uma indústria, por exemplo, que utiliza carvão mineral como principal combustível de suas máquinas teria, em tese, menos interesse no uso de serviço de fornecimento de energia elétrica do que outra que utiliza esta energia para alimentar suas máquinas.

²⁴ E continua o mestre: "Essa noção reflete a distinção, bastante antiga, efetuada pela filosofia e pela ciência política, entre o interesse da sociedade e o do Estado. A expressão "interesse coletivo primário" é atribuída, na doutrina jurídica italiana, a Francesco Carnelutti e foi levada para o Direito Administrativo por Renato Alessi ("Principi di Diritto Amministrativo", Milano, Giuffrè, vol. 1, 1974, pp. 226 e ss.). Segundo Alessi, a função pública, inclusive função administrativa, é exercida com vista ao atendimento desse interesse, que se situa em posição de supremacia perante o "interesse público secundário", do aparelho estatal, assim como perante o interesse privado, também secundário. Entre nós, a noção é exposta sobretudo por Celso Antônio Bandeira de Mello ("Curso de Direito Administrativo", 12a ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 66 e ss.)". (AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 23 mai 2010.

2. Usuário do serviço público

2.1 Aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana

O art. 1º da Constituição Federal, prevê que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana. Além disso, estabelece no seu art. 170 que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna.

É muito comum a relação que alguns autores fazem entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o uso dos serviços públicos tidos por essenciais, no sentido de que a suspensão do fornecimento destes serviços fundada na regra legal que autoriza o corte feriria a cláusula constitucional da dignidade humana.

Não se pode dizer que o fornecimento de serviços públicos tidos por essenciais é necessário para a dignidade humana, pois significaria dizer que não haveria dignidade humana em outras localidades, cidades ou países em que não há fornecimento de serviços públicos, como o de energia elétrica, por exemplo. Mas não é isto que a maioria da doutrina afirma. Na verdade o que os autores tratam como violação deste princípio constitucional é o corte de fornecimento, no caso de energia elétrica, como forma de coagir o consumidor a pagar o valor devido. Realmente tal atitude afronta a dignidade humana.

No Brasil, ainda antes de entrar em vigor a atual Constituição, a melhor doutrina já enfatizava que o “núcleo essencial dos direitos humanos reside na vida e na dignidade da pessoa”.²⁵

Para Guerra Filho²⁶ é importante destacar a posição da dignidade da pessoa humana frente aos princípios constitucionais:

Os direitos fundamentais, portanto, estariam consagrados objetivamente em “princípios constitucionais especiais”, que seriam a “densificação” (Canotilho) ou “concretização” (embora em nível extremamente abstrato) daquele “princípio fundamental geral”, de respeito à dignidade humana. Dele, também, se deduziria o já mencionado “princípio da proporcionalidade”, até como uma necessidade lógica, além de política, pois se os diversos direitos fundamentais estão, abstratamente, perfeitamente compatibilizados, concretamente se dariam as “colisões” entre eles, quando então, recorrendo a esse princípio, se privilegiaria, circunstancialmente,

²⁵ WEYNE, Bruno Cunha. **Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia Moral de Kant**, THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará v. 5, n. 1, jan./jul. 2007 p 28.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 62.

alguns direitos fundamentais em conflito, mas sem com isso chegar a atingir outro dos direitos fundamentais conflitantes em seu conteúdo essencial.

Realmente o uso do corte do fornecimento do serviço público, a fim de compelir os consumidores inadimplentes ao pagamento de seus débitos, representa grave violação dos princípios jurídicos norteadores das relações patrimoniais e do princípio da dignidade humana. Quando a legislação autoriza o corte do fornecimento de energia elétrico o faz deixando claro que isto não representa ofensa à continuidade e não tem como finalidade a cobrança pelo serviço, mas sim o interesse da coletividade. Rizzato Nunes²⁷ deixa clara a sua opinião no sentido de impossibilidade de suspensão do fornecimento para fins de cobrança:

Segundo nos parece, e observando o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, o qual preceitua que na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, conclui-se que a interrupção do fornecimento do serviço constitui-se e flagrante violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Reportando-se à importância do princípio da dignidade para amparar as relações dicotômicas entre direito público e privado Juarez Freitas²⁸ afirma que “o reconhecimento da dignidade deve operar como uma espécie de amálgama entre as normas de Direito Público e as normas de Direito Privado”. Tal aplicação tem a finalidade de adequar as normas de direito público aos princípios constitucionais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2 O direito à manutenção do serviço essencial previsto no código de defesa do consumidor

É muito comum também o entendimento de que o usuário do serviço público deve ser considerado um consumidor, mas para Antônio Carlos Cintra do Amaral²⁹, a relação jurídica entre concessionária e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. Para ele, o serviço público cujo exercício é atribuído à concessionária, continua na titularidade e sob a responsabilidade do poder concedente. Já perante a relação de consumo, o Poder Público atua como "protetor" da parte considerada hipossuficiente, que, em regra, é o consumidor, e ainda conclui o mesmo autor:

²⁷ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45.

²⁸ NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 254.

²⁹ Idem, **ibidem**, p. 2.

parece-me que se está incorrendo em um equívoco generalizado quando se afirma que o usuário de serviço público é um consumidor. Considerar-se o usuário como consumidor do serviço público a ele prestado pela concessionária talvez seja possível sob a ótica econômica. Mas sob a ótica jurídica o usuário de serviço público e o consumidor estão em situações distintas. Uma coisa é a relação jurídica de serviço público. Outra, a de consumo. Tentarei sustentar, em breve síntese, esta opinião. **Diversamente da situação de consumo, a relação contratual entre concessionária e usuário, mediante a qual uma parte se obriga a prestar um serviço, recebendo em pagamento um preço público (tarifa), tem como pressuposto uma outra, entre a concessionária e o poder concedente.** Em situações semelhantes a essa, a doutrina civilista italiana aponta a existência de dois contratos coligados, um, principal, o outro, acessório.”(grifei)

Perceba que definir que o usuário do serviço público não teria a natureza de consumidor não significa tolher-lhe direitos. A proteção da relação entre o usuário e concessionária tem abrangência maior do que a prevista no código de defesa do consumidor, diz Antônio Carlos Cintra do Amaral³⁰:

Para o Poder Público, a defesa do usuário de serviço público é ainda mais relevante do que a defesa do consumidor. O pressuposto básico do instituto da concessão de serviço público no Direito brasileiro é a prestação de “serviço adequado”. O princípio da indisponibilidade do interesse público, a que se refere Celso Antônio Bandeira de Mello em diversos escritos, impede que o poder concedente concorde com qualquer solução que prejudique essa prestação, por mínimo que seja o prejuízo, o que não ocorre na relação de consumo, em que os interesses envolvidos são privados. Por exemplo: o ordenamento jurídico não admite que o usuário concorde com a prestação de “serviço inadequado” sob a condição de que a concessionária reduza a tarifa. Já o consumidor pode exigir o abatimento do preço, caso o serviço prestado pelo fornecedor não seja satisfatório.

Enuncia o art. 22 e seu parágrafo único do CDC, que "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos". A Portaria nº 03/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (publicada em 19/03/99), reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água, energia elétrica e telefonia.

Como se vê, e depois do que já foi dito quanto à abrangência dos conceitos de continuidade e essencialidade e suas relações com o consumidor, a norma supra citada é própria para se enquadrar na idéia, segundo a qual é a manutenção da prestação ou do fornecimento, que deve ser contínua e é essencial. O uso destes serviços não tem estas qualificações.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 3.

3. A inadimplência do usuário do serviço público

3.1 A cláusula da exceção do contrato não cumprido

Por este princípio o contratante não pode requerer que o outro cumpra a sua parte no contrato sem que cumpra primeiro a sua³. Argumenta-se que a concessionária de serviço público não estaria autorizada a utilizar tal regra, ante a essencialidade e continuidade do fornecimento do serviço público. Não comungamos deste entendimento dado que a regra é prevista inclusive para aplicação nos contratos de consumo e não há norma jurídica que imponha à concessionária tal ônus, de manter o serviço sem contraprestação, nem seria prudente que houvesse. Ademais, dada a natureza do serviço, entender o contrário seria defender a exigência de que o serviço seja prestado sem a correspondente contraprestação que é assegurada por contrato entre o poder público e a empresa concessionária do serviço, pela cláusula de equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão.

Conforme já foi dito linhas atrás, o contrato de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica (entre concessionária e usuário) é bilateral e sinalagmático. A alegação de que não seria possível o corte do fornecimento de energia sob o argumento de que a regra da exceção do contrato não cumprido é incompatível com as características de essenciais e contínuos dos serviços públicos não pode ser aplicada. Tais características têm fundamento na prestação do serviço não no seu uso, que segue regras contratuais próprias.

O entendimento, segundo o qual é legítima a aplicação da regra da exceção do contrato não cumprido no fornecimento de serviço encontra apoio doutrinário, tal como vemos em Renato Alves Bernardo da Cunha³¹:

Portanto, é legítima a suspensão do serviço por falta de pagamento para se manter o equilíbrio contratual, sem enriquecimento sem causa de uma das partes. Vale lembrar que se adota esse critério somente quanto aos serviços remunerados por tarifa, isto é, somente àqueles regidos pelo CDC.

(...)

Por um lado, como a relação jurídica entre o prestador de serviço e o consumidor é bilateral, sob a égide do CDC, aplica-se a cláusula da exceção do contrato não cumprido. E o fornecedor, quanto ao pagamento das contas antecedentes, poderá exigí-lo pelas vias judiciais cabíveis, com a propositura da ação de cobrança.

³¹ Idem, *ibidem*, p. 101 e 102.

Também no sentido de que a aplicação da exceção do contrato não cumprido é possível nos contratos de prestação de serviço público desde que presente o requisito da presença do interesse da coletividade, Eliana Cardoso de Matos Novais³²:

Se, em contrato bilateral de prestações recíprocas, uma parte não cumpre sua obrigação, a outra parte também pode suspender temporariamente a execução do contrato até que o inadimplente satisfaça a prestação à qual se vinculou. No caso de oferecimento de serviços públicos essenciais, vale enfatizar, outro elemento deve ser acrescido ao objeto de estudo, ou seja, a existência de interesse da coletividade apto a autorizar a interrupção.

Entretanto, sendo importante para a população que o serviço seja interrompido em determinada situação a fim de garantir a própria manutenção do serviço como um todo, não se pode dizer que esse fato represente constrangimento ilegal ou prestígio a justiça privada. Tal procedimento é plenamente admissível no Direito Civil pátrio e nunca se alegou a existência de ilegalidade.

A exceção do contrato não cumprido funda-se, dentre outros, na proibição do enriquecimento sem causa. No caso da prestação dos serviços públicos tem a mesma finalidade. Daí porque a aplicação da regra da exceção também não deve ser utilizada com a finalidade de cobrança de dívida.

3.2 Aplicabilidade do princípio da ampla defesa administrativa

De acordo com Celso Ribeiro Bastos: “A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor”³³

Para Alberto Xavier³⁴:

O direito de ampla defesa reveste, hoje, a natureza de um direito de audiência (*audi alteram partem*), nos termos do qual nenhum ato administrativo suscetível de produzir consequências desfavoráveis para o administrado poderá ser praticado de modo definitivo sem que a este tenha sido dada a oportunidade de apresentar as razões (fatos e provas) que achar convenientes à defesa dos seus interesses. [...] O direito de defesa ou direito de audiência é um direito de participação procedimental, que pressupõe a atribuição ao particular do estatuto jurídico de "parte" no procedimento administrativo, com vista à defesa de interesses próprios.

Há norma administrativa regulamentando o procedimento de corte de fornecimento de energia elétrica. De fato o procedimento administrativo do corte de fornecimento deve ser analisado separadamente do procedimento para cobrança da tarifa de consumo atrasada. O atraso no pagamento da tarifa de energia elétrica gera para a concessionária o direito de dar início ao procedimento do corte do fornecimento,

³² Idem, *ibidem* p. 278.

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 267.

³⁴ XAVIER, Alberto. **Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997, p 161-162.

a fim de que seja respeitado o interesse coletivo.³⁵ Aliás, a legislação brasileira parece ter adotado a idéia de que o princípio da continuidade dos serviços público não deve ser considerado individualmente.³⁶ O procedimento para a cobrança da tarifa de energia inadimplida deve observar procedimento próprio de cobrança de dívidas civis.³⁷

Vale dizer, existe o procedimento administrativo de corte de fornecimento de energia e o procedimento de cobrança de obrigação inadimplida. Em ambos devem ser observados os princípios do devido processo legal, do contraditório e a ampla defesa.³⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello,³⁹ após identificar a previsão constitucional, traz-nos o campo de aplicação destes princípios:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível,

³⁵ O art.6, §3º, inc. II da Lei 8.987/95 prevê a interrupção do serviço público após aviso prévio, por inadimplência do usuário, considerado o interesse da coletividade. A Resolução n. 456 de 2000 da ANEEL regulamenta os casos e a forma de suspensão do fornecimento de energia elétrica: “**Art. 90.** A concessionária poderá suspender o fornecimento, de imediato, quando verificar a ocorrência de qualquer das seguintes situações: I - utilização de procedimentos irregulares referidos no art. 72; II - revenda ou fornecimento de energia elétrica a terceiros sem a devida autorização federal; III - ligação clandestina ou religação à revelia; e IV - deficiência técnica e/ou de segurança das instalações da unidade consumidora, que ofereça risco iminente de danos a pessoas ou bens, inclusive ao funcionamento do sistema elétrico da concessionária. **Art. 91.** A concessionária poderá suspender o fornecimento, após prévia comunicação formal ao consumidor, nas seguintes situações: I - atraso no pagamento da fatura relativa a prestação do serviço público de energia elétrica; (...) § 1º A comunicação deverá ser por escrito, específica e com entrega comprovada de forma individual ou impressa em destaque na própria fatura, observados os prazos mínimos de antecedência a seguir fixados.a) 15 (quinze) dias para os casos previstos nos incisos I, II, III, IV e V; b) 30 (trinta) dias para os casos previstos no inciso VI; e c) 3 (três) dias para os casos previstos nos incisos VII e VIII”.

³⁶ Brasil Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995: “**Art. 6º** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.(...) § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.” (grifo nosso)

³⁷ BRASIL. Lei 10.406/02 (Código Civil Brasileiro). Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

³⁸ Assim dispõe a Constituição Federal: “Art 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”:
(*Omissis*)

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

³⁹ Idem, *ibidem*, p. 103.

pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais”.

Note-se que “privar” da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal. Assim, para desencadear consequência desta ordem, a Administração terá que obedecer a um processo regular (o devido processo legal), o qual, evidentemente, como resulta do inciso LV do art. 5º, demanda contraditório e ampla defesa.

3.3 Aplicabilidade do corte do fornecimento do serviço

Uma das razões freqüentemente utilizadas como justificativa para o corte do fornecimento de energia elétrica do devedor inadimplente é a de que não realizando a suspensão do fornecimento haveria comprometimento da continuidade da prestação do serviço em virtude da ausência de recursos financeiros para sua manutenção. Indiretamente seria afetado o interesse da coletividade, que seria privada da prestação do serviço em virtude do inadimplemento das tarifas por alguns indivíduos.

O corte de fornecimento, logicamente, impede o usuário de continuar a usá-lo e, conseqüentemente, de fazer novas dívidas com a empresa concessionária do serviço. Perceba-se que o corte do fornecimento não implica no recebimento, pela empresa fornecedora do serviço, do valor devido pelo uso pretérito inadimplido. Em outras palavras, não é o corte de fornecimento que vai servir para que a empresa concessionária receba pelo serviço que já foi prestado. Caso haja interesse da empresa em receber o que lhe é de direito não lhe resta outra medida senão buscar as formas de forçar o devedor a satisfazer a obrigação de pagamento, dentre estas, está buscar o Estado a fim de que lhe preste a tutela jurisdicional, compelindo o devedor a pagar o seu débito pela obrigação inadimplida.

O corte do fornecimento não tem por objetivo precípua o recebimento do valor devido pelo usuário inadimplente. Serviria principalmente para impedir que o usuário continuasse a utilizar o serviço sem pagar as obrigações anteriores. A realização do corte teria, então, finalidade preventiva.

Embora sem utilizar esta mesma terminologia usada aqui, Elaine Cardoso também parece considerar legítima a suspensão do fornecimento em caso de inadimplemento com esta finalidade, assim expõe a autora⁴⁰:

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 279.

Assim, o corte no fornecimento de serviço público essencial feito para **salvaguardar o interesse da coletividade** não caracteriza forma de justiça de privada (sic), mas é meio para garantir a manutenção do serviço para todos os demais usuários-consumidores.(sem grifos no original)

Há de se concluir, então, que a alegação de que o corte do fornecimento visa assegurar a manutenção do serviço para os outros usuários, só tem fundamento se for utilizado com finalidade preventiva. Uma vez que, além de ser ilegal o corte no fornecimento com esta finalidade, existem outras formas pelas quais a empresa concessionária de serviço poderia cobrar coercitivamente o débito, dentre as quais judicialmente.

Se entendermos que a suspensão do fornecimento de energia elétrica deve ser realizada sempre que um usuário esteja inadimplente, a fim de seja mantida a continuidade da prestação do serviço em benefício da coletividade de consumidores, então, temos que concluir também que quando existir a hipótese para a suspensão do fornecimento por inadimplência é dever da concessionária suspender a prestação do serviço para aquele usuário, e não mera faculdade. Isto com a finalidade de manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato entre a concessionária e o poder concedente. Ademais, segundo estas premissas, seria dever da empresa concessionária cobrar administrativamente e judicialmente pelo débito inadimplido, posto que tal recurso financeiro é necessário para a manutenção do serviço. Se o recurso devido pelo usuário é necessário para a adequada e contínua prestação do serviço é dever da concessionária buscar a satisfação da dívida no interesse da coletividade. Todavia, o corte do fornecimento deve adequar-se à sua finalidade.

Tais conclusões provêm, da própria natureza da prestação do serviço público, que por ser inicialmente de interesse coletivo, tem a participação de toda a sociedade em todos os seus aspectos, seja pelo uso da forma de geração do serviço ou pelo pagamento da tarifa. Assim, quando a empresa concessionária de serviço público realiza o corte do fornecimento ou cobra judicialmente de um indivíduo inadimplente estaria cumprindo o seu dever como prestadora de um serviço que é público. Além disso, estaria a empresa exercendo o seu direito de assegurar o equilíbrio econômico financeiro do contrato firmado com o poder público que lhe impede de cobrar uma tarifa superior, inferior ou diferenciada à firmada no contrato.

Na hipótese de não caber à concessionária, fazer concessões a respeito do que não lhe pertence, uma vez que o que lhe é concedido por contrato com o poder

público no aspecto econômico-financeiro é tão somente a exploração do serviço e o direito de cobrar a tarifa conforme previsto contratualmente, seria ilegítimo qualquer acordo entre concessionária e particular a respeito de descontos, abatimentos ou mesmo isenção de tarifas individualmente consideradas.

A suspensão do fornecimento então, por ter característica preventiva de proteção à continuidade do serviço, não fere o princípio da continuidade, mas o garante. E por não ter como finalidade precípua a cobrança do valor devido pelo usuário, não pode ser utilizada para este intento.

Pesa sobre as concessionárias de serviço público a acusação de utilizar a possibilidade de corte do serviço para compelir o usuário a pagar a tarifa atrasada e inadimplida. Neste caso, o instrumento estaria sendo utilizado para fim diverso do previsto em lei, caracterizando desvio de finalidade.

A empresa concessionária estaria ferindo a cláusula constitucional da obrigatoriedade de processo legal para a privação de bens.⁴¹ Neste sentido parece ser o entendimento de Nilton Carlos de Almeida⁴², senão vejamos:

No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade patrimonial deve incidir sobre o patrimônio do devedor e não sobre a própria pessoa, de forma que quando o corte de energia elétrica é utilizado com a finalidade de coagir o consumidor a efetuar o pagamento das parcelas em atraso, configura prática abusiva por parte da concessionária de energia elétrica, uma vez que os meios adequados para que a concessionária receba os valores decorrentes do serviço por ela prestado são a ação de cobrança e a ação de execução.

3.4 A aplicação do princípio da finalidade

No que tange ao tema tratado aqui, o princípio da finalidade tem dupla aplicação: na primeira, a concessionária do serviço deve atender a finalidade pública da prestação; na outra, a concessionária não pode utilizar o poder de que é investida com desvio da finalidade para a qual a atribuição foi criada.

A aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade seria decorrente da finalidade dos instrumentos que a empresa

⁴¹ Brasil. Constituição Federal. **Art. 5º. LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Vejamos ainda o enunciado das súmulas do Supremo Tribunal Federal de n. 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; e 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

⁴² COUTINHO, Nilton Carlos. **Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor**. Revista IOB de Direito Administrativo, - v. 1, n. 2 (Fev. 2006), São Paulo: IOB Thonson, 2006, p.103

concessionária do serviço tem à disposição para viabilizar os seus objetivos públicos. Assim, é irrazoável o corte do fornecimento do serviço tão somente como instrumento de forçar o usuário inadimplente a pagar o débito. Dentro do raciocínio desenvolvido nos parágrafos anteriores tal forma de agir somente deve ser aplicada para o atendimento do interesse público, não como forma indireta de coação para pagamento.

Seria também desproporcional a utilização da suspensão do fornecimento com o intento de cobrança de dívida, tendo por parâmetro a cláusula constitucional que garante o devido processo legal. Ora, se a Constituição exige o respeito a tal princípio, seria desproporcional que se admitisse o uso da retirada de bens (energia elétrica) como forma de coação para pagamento, sem que houvesse um devido processo legal. Vale ressaltar, neste ponto do estudo, que o mero aviso prévio como elemento do procedimento só é suficiente para configurar devido processo legal do procedimento de suspensão do fornecimento, diverso do procedimento de cobrança da dívida. É neste sentido que Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³ deixa clara a diferenciação entre legalidade e finalidade, senão vejamos:

Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade” – são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei.

Ademais, em outros negócios jurídicos em que estão envolvidos dívida inadimplida e bens na posse do devedor, a lei exige o ajuizamento de demanda judicial para reaver o bem, são os casos de alienação fiduciária e arrendamento mercantil.⁴⁴ Em nenhum destes casos é dado ao credor retirar, por força própria o bem da posse do devedor. Nestes casos a lei exige o ajuizamento de ação judicial cautelar de busca e apreensão. Não haveria razoabilidade para conferir tratamento diferenciado e privilegiado para cobrança de dívidas a favor das empresas concessionárias de serviços públicos. Alias, nem mesmo o poder público goza de tamanha benesse para cobrança de suas dívidas, devendo seguir procedimento executivo próprio.

⁴³ Idem, *ibidem* p. 95.

⁴⁴ Brasil. Decreto-lei nº 911/69. **Art. 3º.** O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

CONCLUSÃO

Se entendermos que a suspensão do fornecimento de energia elétrica deve ser realizada sempre que um usuário esteja inadimplente a fim de seja mantida a continuidade da prestação do serviço em benefício da coletividade de consumidores, então, temos que concluir também que quando existente a hipótese para a suspensão do fornecimento por inadimplência é dever da concessionária suspender a prestação do serviço para aquele usuário, e não mera faculdade, a fim de que seja assegurada a continuidade do serviço. Ademais, segundo estas premissas, seria dever da empresa concessionária cobrar judicialmente pelo débito inadimplido, posto que tal recurso financeiro é necessário para a manutenção do serviço. Se o recurso devido pelo usuário é necessário para a correta e contínua prestação do serviço é dever da concessionária buscar a satisfação da dívida no interesse da coletividade.

Tais conclusões provêm, da própria natureza da prestação do serviço público, que por ser inicialmente de interesse coletivo, tem a participação de toda a sociedade em todos os seus aspectos, seja pelo uso da forma de geração do serviço ou pelo pagamento da tarifa. Assim, quando a empresa concessionária de serviço público realiza o corte do fornecimento ou cobra judicialmente de um indivíduo inadimplente estaria cumprindo o seu dever como prestadora de um serviço que é público. Além disso, estaria a empresa exercendo o seu direito de assegurar o equilíbrio econômico financeiro do contrato firmado com o poder público que lhe impede de cobrar uma tarifa superior, inferior ou diferenciada à firmada no contrato.

Não cabe à concessionária, fazer concessões a respeito do que não lhe pertence. Às concessionárias é concedido, por contrato com o poder público, tão somente a exploração do serviço e o direito de cobrar a tarifa conforme previsto contratualmente. Daí porque é ilegítimo qualquer acordo entre concessionária e particular a respeito de descontos, abatimentos ou mesmo isenção de tarifas individualmente consideradas, sem respaldo de autorização do Poder concedente.

A suspensão do fornecimento então, por ter característica preventiva de proteção à continuidade do serviço, não fere o princípio da continuidade, mas o garante. Também não tem como finalidade precípua a cobrança do valor devido pelo usuário, não devendo ser utilizada para este intento.

Quanto à acusação de que as concessionárias de serviço público utilizam a possibilidade de corte do serviço para compelir o usuário a pagar a tarifa atrasada e inadimplida, trata-se de utilização ilegal do corte de fornecimento para finalidade indevida.

Neste caso, a empresa concessionária, ao utilizar o dispositivo legal que lhe assegura o corte com a finalidade de compelir o usuário a pagar o débito vencido, estaria ferindo a cláusula constitucional da obrigatoriedade de processo legal para a privação de bens, além de malbaratar o princípio da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que é possível o corte do fornecimento de energia elétrica nos casos em que há inadimplemento do usuário, desde que respeitado o devido processo legal e visando o interesse público. Importaria em inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio do devido processo legal, entender que o dispositivo que autoriza o corte o faz com a finalidade de cobrança de dívida vencida. A cláusula constitucional citada exige o devido processo legal para que haja a privação de bens. Haveria também ofensa ao princípio da dignidade.

Então, como definir diante de um caso concreto, se o corte no fornecimento de energia elétrica está sendo utilizado ou não com a finalidade desviada de coagir o administrado a pagar a tarifa inadimplida? A concessionária deve seguir o procedimento administrativo para realizar o corte do fornecimento, uma vez que sua inobservância gera a ilegalidade do corte, concedendo direito ao administrado de requerer, administrativa ou judicialmente, o retorno do fornecimento do serviço dada a nulidade do ato de suspensão. Ao mesmo tempo ou anteriormente ao corte do fornecimento a concessionária deve iniciar o procedimento de cobrança da dívida inadimplida, seja administrativamente com a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, por exemplo, seja judicialmente com o ajuizamento da ação de cobrança, por exemplo. Ou ainda, pode a concessionária demonstrar que a não suspensão do fornecimento daquele usuário inadimplente inviabilizará a continuidade do fornecimento para todos os usuários sob o aspecto da necessidade de energia elétrica, o que diga-se de passagem é de difícil comprovação. O período de aviso prévio que antecede o ato de suspensão do fornecimento é essencial para que o administrado comprove administrativa ou judicialmente se o corte está sendo utilizado unicamente

para coagir ao pagamento ou se a concessionária visa a obtenção do valor da dívida inadimplida.

Suponhamos que o usuário inadimplente do serviço de energia elétrica receba aviso de suspensão do fornecimento do serviço por falta de pagamento, mas permanece inadimplente, razão pela qual, após o prazo do aviso, a concessionária do serviço realiza o corte do fornecimento seguindo o devido procedimento legal para o corte do fornecimento. Neste caso, se não existe qualquer outro procedimento da concessionária visando à cobrança da dívida, nem provas da necessidade daquela quantidade de energia para outros usuários, está caracterizada a utilização ilegal da suspensão do fornecimento como forma de coagir o usuário a pagar a dívida. O ato de suspensão do fornecimento, no exemplo citado, foi utilizado ilegalmente com desvio de finalidade ou desvio de poder, o que o torna nulo, e consequentemente obriga a retomada do fornecimento, mesmo que o usuário esteja inadimplente.

Cretella Júnior⁴⁵ em sua obra sobre atos administrativos informa que existe grande dificuldade para comprovação do desvio de poder pois normalmente o agente que pratica o ato não declara a sua verdadeira intenção, mas pretende ocultar para aparentar que o ato é legal. Daí, conforme sugere o autor, o desvio de poder se comprova por indícios e cita um rol deste indícios que chama de “sintomas”: “a) motivação insuficiente; b) motivação contraditória; c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada de edição de ato; d) a contradição do ato com as resultantes dos atos; e) a camuflagem dos fatos; f) a inadequação entre os motivos e os efeitos; g) o excesso de motivação.”

Quanto as conseqüências da ofensa ao princípio da finalidade, propugna Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶:

Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. **Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação da finalidade legal**, tanto nos casos e que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato. (sem grifos no original).

⁴⁵ apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas 2008. p. 229)

⁴⁶ Idem, **Ibidem**, p. 96.

Conforme foi visto, as características dos serviços públicos de essencialidade e continuidade não são viáveis para justificar a impossibilidade de suspensão do fornecimento pela concessionária por referirem-se à prestação do serviço e não ao uso do serviço que está dentro da esfera de liberdade do administrado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Distinção entre usuário de serviço público e consumidor**. Revista Eletrônica de Direito AdministrativoEconômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em: 23 mai 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino, 5ª ed. – Brasília: Editora Universidade de Brasília : São Paulo : Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

COUTINHO, Nilton Carlos. **Suspensão do Fornecimento de Energia Elétrica sob a Ótica do Código de Defesa do Consumidor**. Revista IOB de Direito Administrativo, - v. 1, n. 2 (Fev. 2006), São Paulo: IOB Thonson, 2006.

CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Serviços Públicos Essenciais: O princípio da continuidade e o inadimplemento do consumidor**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2004.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre a concessão de serviço público**. Revista CEJ/RN, Natal, RN, v. 7, n. 8, p. 15-65, jun. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Editora Atlas,. 2008.

FUGIMOTO, Sérgio Kinya. **A universalização do serviço de energia elétrica – acesso e uso contínuo**. São Paulo, 2005, p. 62, disponível em: http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Dissertacao_Sergio_Fugimoto.pdf, acessado em: 21 jun 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

JANNUZZI, Antônio Cezar.. **Regulação da Qualidade de Energia Elétrica sob o Foco do Consumidor**. Dissertação de Mestrado em Sistemas Elétricos de Potência, Publicação PPGENE.DM - 302A/07, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília, DF, xviii. 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 10 ed. São Paulo: Forense. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 12 ed., São Paulo: Malheiros. 2005.

MOURA, Mário Aguiar. **O Poder Público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor**. Repertório de jurisprudência IOB, 2ª quinzena de abril/92.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. **Serviços públicos e relação de consumo: aplicabilidade do código de Defesa do Consumidor**. Curitiba: Juruá, 2006.

PASQUALOTO, Adalberto, **Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República** – vol. II. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WEYNE, Bruno Cunha. **Dignidade da Pessoa Humana na Filosofia Moral de Kant**, THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará v. 5, n. 1, jan./jul. 2007.

XAVIER, Alberto. **Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário**. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1997.